

資 料

李朝末葉의 承嫡慣行과 生前養子

— 現行法과 關聯하여 —

朴秉濂

—

李朝末葉의 承嫡慣行과 生前養子

年前에 李朝時代의 養子法關係資料를 調査하던 중 서울大學校 附屬圖書館所藏奎章閣圖書中에서 「收養承嫡日記」를 볼 機會를 갖었다. 이 日記는 二冊으로 되어 있으며 入養과 庶子承嫡에 關한 各地方으로부터의 立案(禮制) 申請에 對한 立案件을 月別로 記錄한 것이며 各入養件 承嫡件마다 「禮曹之印」을 捺印하고 堂上官이 署押을 하고 있다. 그 중 一冊은 癸卯三月부터 癸亥十一月까지의 記錄이며 다른 一冊은 甲子正月부터 甲午五月까지의 記錄인데 年號를 明示하지 않았다. 그러나 甲子年부터 甲午年까지의 記錄中에 「庚寅八月 日 內務主事朴奎源以其十六寸兄岐源第三子相徹養子事」라고 있는바와 같이 官職을 「內務主事」로 表示한 것으로 보아 庚寅年은 高宗十八年의 官制改革以後의 庚寅年임을 알 수 있으며 高宗二十七年(西紀一八九〇年)에 該當한다. 따라서 이 冊은 高宗元年(甲子)부터 同三十一年(甲午)까지의 記錄이며 다른 一冊은 憲宗九年(癸卯)부터 哲宗十四年(癸亥)까지의 記錄임이 明白하다. 卽 李朝末葉五十二年間의 入養承嫡의 立案에 關한 禮曹의 備置記錄인 것이다. 이와 같은 禮曹의 記錄으로서 筆者가 아는 바로는 「繼後曆錄」 「法

外繼後膳錄」[草記繼後抄錄]이 今傳하며 社會政策的인 所謂「爲子養子」의 立案에 關한 記錄으로서 收養侍 養膳錄이 있다. 이들 記錄은 當時의 養子制度研究에 있어서 不可缺少 實證資料임은 再言을 要치 않는다. 卽 當時의 男系血統繼承을 爲主하는 家族生活에 있어서 經國大典以下 諸法典中の 入養에 關한 規定의 實 效性 乃至「산 慣習」을 이들 記錄을 통해서 具體的으로 看取할 수 있는 것이다.

本稿는 收養承嫡日記 및 前揭膳錄을 通하여 李朝末葉 五十餘年間의 庶子承嫡慣行을 中心으로 하여 當時 의 庶子의 戶主相續上 地位로부터 戶主相續制度를 維持하고 있는 現行法에 이르는 그 地位를 概觀함으로써 庶子 있는 境遇의 生前養子의 可否에 關한 史的資料를 提示하고자 한다. 勿論 現行親族相續法이 아직도 男系血統繼承을 爲한 戶主相續制度를 基調로 하고 있음을 前提로 하는 것이며, 따라서 그 範疇內에서의 叙 述임을 밝혀 두어야겠다.

二

收養承嫡日記는 그 冊題가 表示하는 바와 같이 入養에 대한 立案斜出記錄임과 同時에 承嫡에 대한 立案 斜出도 記錄되어 있다. 그러므로 親生子인 庶子를 奉祀子로 하는 데에도 禮曹의 立案을 받았다는 事實을 알 수 있다. 經國大典禮典立後條에는「嫡妾俱無子, 告官同宗支子爲後」라고 하여 嫡出子가 없어 庶子가 奉祀者로 되는 데는 告官하지 않고, 卽 禮曹의 立案을 받음이 없이 當然히 奉祀者로 되도록 되어 있다. 이 點에 關하여 明治四十四年(西紀一九一一年)十二月十四日 朝鮮總督府取調局長回答에 依하면「庶子는 承嫡을 하지 않으면 祖先의 祭祀權이 없으며 庶子承嫡의 節次는 同派親族이 없는 境遇에는 神主에게 奉告함에 그치나 同派親族이 있는 境遇에는 그 親族과 協議한 다음 神主에게 奉告하는 것이 보통이라」고 한다(集案八四面)。 이 取調局長回答은 庶子承嫡에 關한 從來로부터의 慣習을 確認하는 것으로 볼 수 있는데 亦是 禮曹의 立案

을 要했다는 慣習에 관해서는 言及이 없다. 이 承嫡에 관한 日記의 例를 들면 「雲山府康百副 以其庶子弘模 承嫡奉祀事」와 같으며 또 「東萊居李英源 以其庶弟英華子應奎 承嫡養子事」와 같이 庶弟의 子를 入養하는 境遇에도 하나의 立案으로써 承嫡과 入養을 許可하고 있다. 그러므로 親生子인 庶子承嫡의 境遇는 勿論 庶子의 子를 入養하는 境遇에도 承嫡節次가 同時에 履踐되었던 것이다. 이와 같이 收養承嫡日記에는 入養과 함께 承嫡件이 記錄되어 있는데 反하여 繼後瞻錄 草記繼後抄錄에는 承嫡件이 記錄되어 있지 않으며, 다만 法外繼後瞻錄中에 四件의 承嫡이 記錄되어 있을 뿐이다. 그러므로 이들 瞻錄을 記錄할 當時에 따로 承嫡에 關한 瞻錄이 있었는지 或은 承嫡함에 있어서 立案을 받는 일이 없었는지 그 與否를 알 수 없으나 立案을 받지 않는 것이 一般慣習인 것으로 推測한다. 다만 이들 瞻錄中에 記錄되어 있지 않는 承嫡立案으로서 서울大學校附屬圖書館所藏古文書中에 다음과 같은 英祖三十四年의 立案一張이 있다.

乾隆二十三年二月 日禮曹立案

右立案爲陞嫡事 節達下教 開城府居前縣監臣具學萬 駕前上言內 右謹啓 臣矣段臣矣身 敢將私冒萬死呼於清蹕之下爲白齊 臣矣身以兩世奉祀之人 正室元無子姓 而幸有側室子三人 具爲成長 則先祀之託 無復所慮 而但血屬未有之前 臣矣身同姓六寸兄應萬 以其第二子喆 托於臣矣身 願爲立後 而臣矣身伊時年未滿五十 非但有產生之望 而有不 之心 故果不禮斜 姑爲養育 以觀其善否矣 頃於臣矣身妻喪時 喆遽忽發喪 自托以所後子 故臣矣身以法不當如是之意 挽而止之 渠以爲養育膝下 已有年所 其在恩義 豈不蒙喪 而以伸情禮乎云爾 故奔違之中 不能牢拒 任其所欲矣 一自蒙喪之後 擅自家事 專欲利己 別給家舍田民外 其所責應 不爲不多 而猶有不足之心 時或意鬧 多有不順之事 是白乎所 若此而早不變通 則前頭之患 未知何境 而當初既無禮斜之事 又有已出三人 則其立後一款 非所可論乙仍于 應萬之子喆身乙 去乙亥年分 呈禮曹

已爲歸本家是白乎所 臣矣身側室所生長子守謹 特令該曹 依法典承嫡事 伏蒙天恩爲白良結 詮次善啓事 據曹申目粘連啓下是白有亦 向前 前縣監具學萬 限內現身戶口現納 親呈的實是白在果 觀此上言 則其矣正室 元無子姓 側室有子三人 而血屬未有之前 其矣同姓六寸兄應萬 以其子喆 願爲立後 而非但有產生之望 亦不愜於心 故不爲禮斜矣 其矣妻喪時 遽忽發喪 而挽而止之則 稱以多年養育 豈不蒙喪云 故奔違之中任 其所欲矣 一自蒙喪之後 專欲利己 多有不順之事矣 去乙亥年分 呈禮曹 已爲歸本家是白乎所 其矣側室所生長子守謹 依法典承嫡 以奉先祀爲白良結 有此呼呼爲白有臥乎所 當初具學萬 既無以喆禮斜之事 又有三人 則喆之罷繼 別無所請 而其側室長子守謹段 依法典許令承嫡 何如 乾隆二十三年二月初八日 同副承旨 臣任師夏次知 達依準教事是去有等以 向前具學萬側室長子守謹承嫡爲遺 合行立案者

正郎 押) 佐郎

兼判書(押) 參議 正郎 佐郎

正郎 佐郎

具學萬은 二代奉祀之人인데 嫡妾에게 子가 없으므로 再從兄인 應萬의 次子 喆을 養子로 들이기로 하였다. 따라서 禮曹의 立案을 받아야 하지만 年齡이 五十未滿이므로 아직 子女出產의 希望이 있다 하여 立案申請을 保留하고 있던 중 妾에게서 三人의 男子를 出產하게 되었다. 그런데 具學萬의 嫡妻가 死亡하자 喆은 自己가 養子라는 理由로 子로서의 喪服을 입고 葬禮에 關與하므로 그 不當함을 말했으나 不應하고 家事를 擅斷한 뿐더러 土地家屋奴婢 等を 贈與했는데도 不拘하고 오히려 不足하다 하여 紛亂을 일으키고 學萬에게 不順한 言動을 하므로 禮曹에 呼訴하여 喆을 本家로 復歸하게 하고 妾所生長子인 守謹을 奉祀者로서 承嫡할 것을 禮曹에 申請하여 立案을 받은 것이다. 그리고 立案成給文言中에 喆은 當初에 禮曹의 立案을

받지 않았으므로 구태어 罷繼의 節次를 밝을 必要가 없으며 妾子인 守護을 法典의 規定에 依하여 承嫡을 許可한다고 하였다.

三

먼저 收養承嫡日記二冊의 卽 憲宗九年부터 高宗三十一年까지의 入養과 承嫡의 總件數는 七七六件으로서 그 中 入養件數가 憲宗九年부터 哲宗十四年까지에 一八八件、高宗元년부터 同三十一年까지가 一二一件으로서 三〇九件에 達하며 承嫡件數는 憲宗九年부터 哲宗十四年까지에 一四五件、高宗元년부터 同三十一年까지가 三二一件으로서 都合 四六六件에 達한다. 그 中 二十九件은 庶姪의 承嫡 或은 四寸弟 六寸弟의 庶子의 承嫡件이다. 憲哲年間은 入養件數가 承嫡件數보다 많으나, 高宗年間은 承嫡件數가 入養件數의 幾이 三배에 達한다. 五十二年동안의 承嫡件數는 入養件數보다 一五七件이 더 많다. 이러한 事實은 一般的으로 擬制的인 親子關係의 設定을 敬遠하고 血肉인 庶子로써 後嗣로 하는 慣習이었다는 確固한 證據를 보여 준 셈이다. 特히 庶子 있는 戶主가 生存中 入養을 하지 않고 死亡한 境遇에 그 遺妻가 庶子로써 死後承嫡한 件이 六十八件에 達한 것을 보면 그 死後承嫡이 遺妻의 自意에 依하였건 或은 夫의 遺言 其他 他意에 依하였건 간에 注目할 事實이다. 法外繼後臚錄卷第十三、乾隆十三年(英祖二十四年) 戊辰九月十九日條에 보면 「故學生 趙奎妻朴氏上言 據曹啓目 觀此上言 則其矣亡夫以奉祀之人 不幸無嫡子 而只有庶子矣 臨死之際 指庶子廷武而言曰 此雖庶子 既是血屬 具法典嫡妾俱無子然後方許繼後 吾既有已出 則以此兒承重奉祀 法禮當然 必以家事傳於此兒云 故家夫身死之後 一依亡夫之言 以庶子廷武 傍題奉祀是白如乎云云」라 하여 遺妻가 亡夫의 遺言에 따라서 庶子로 하여금 承重케 하고 있으며 同卷第二、康熙十六年(肅宗三年) 丁巳四月初二日條에는 「曹粘目 向前 利川居李壽翼 限內現身 親呈的實 而觀此上言內辭緣 則其矣六寸兄忠國 嫡無子女 門中相議 以其

妾子英萬 承嫡奉祀爲白良結 有此呼訴爲白有臥乎所 大典奉祀條 若嫡長子無後 則妾子奉祀亦爲白有置 依法例 施行 何如(中略) 啓依允」과 같이 門中이 相讓하여 庶子를 承嫡케 하고 있는데 嫡妻의 意思가 門中의 意思와 다를 때에는 門中의 意思가 優先하였을 것은 쉽게 짐작이 갈 수 있다.

다음으로 이들 承嫡申請者가 어느 階層에 屬해 있는가에 對해서 살펴 보기로 한다. 日記에 나타난 申請者의 階級 乃至 職業의 表示는 立案申請者가 表示한 그대로를 記錄한 것으로 보는데 前職者로서는 前都守 前縣監 前敦寧都正 前虞候 前司果 前主事 前假監役 前都正 前僉正 前僉知 前權管 前別將 等이 各一名, 前五衛將이 五名, 前參奉이 三名이고 現職者로서는 禮曹佐郎二名, 承仕郎 察訪 折衝 假監役이 各一名이다. 即 三品官이 十一名, 四品官이 二名, 六品官이 五名, 八品官이 三名, 九品官이 五名이다. 그리고 官職이 없는 一般儒生으로서 進士 四名, 閑良 出身 三名, 幼學이 絶對多數로서 二六一名, 死後承嫡의 境遇 學生으로 表示된 것 三十六名이다. 그 當時 이미 身分의 冒稱이 있었다는 것을 假定하더라도 이들 兩班階級이 養子를 하지 않고 承嫡한 事實은 祭祀相續에 있어서 嫡庶의 差別을 하지 않았음을 알 수 있다. 그 외에 鄕吏, 下吏 等으로 表示된 地方衙前이 五十五名이며 나머지 一一七名은 아무런 表示도 없다. 또한 이 記錄에

	入養	承嫡	收養子
漢城	25	4	
京畿	28	4	
忠清	49	6	
慶尙	47	79	
全羅	54	116	
江原	6	17	
黃海道	33	24	
平安	51	180	1
咸鏡	12	34	
濟州	4	2	
計總	309	466	1
總計			776

나타난 바로는 承嫡申請者들이 門閥은 姑捨하고 大概 中流生活階級에 屬해 있을 것임을 推測할 수 있다.

끝으로 各道別 入養件數와 承嫡件數는 이와 같다.

한편 法典의 規定은 禮曹의 立案을 받음을 要하지 않고 當然히 承嫡하도록 되어 있는데도 不拘하고 日記에 나타난 바와 같이 모두 立案을 申請하고 있는데 그 理由는 前揭 法外繼後瞻錄中の 故學生 趙奎妻朴氏上言中에 「庶子承重 雖載法文 此是人家之大事 不可私自

斷定 特令該曹 依法典 以廷武承重立案成給爲白良結 有此呼籲爲白有臥乎所₁라고 있는 바와 같이 庶子承重을 入養의 경우와 같이 重大事로 생각한 때문일 것이며, 또한 庶子承重에 對한 禮曹의 立案을 받음으로써 近親 乃至 門中에 있어서의 爾後의 異議를 封鎖하기 爲한에도 그 理由가 있었을 것으로 推測되며 이 異議는 相續財産의 橫占에 그 目的이 있었을 것이다. 法外繼後騰錄卷第一、崇德三年(仁祖十六年)戊寅六月初二日條에도 「保人權士豪上言 據曹粘目 向前權士豪 雖是孽孫 其父祖父以上奉祀 已過七十餘年 而其族類等 別無雜言爲白如可 嫡母郭氏身死之後 權德裕等 敢生欲奪之計 托稱曾祖遺書 公然立訟 極爲不當呀不喻 士豪四度得 伸德裕等 猶以威力 奪取仍執爲白臥乎所 加于無理 所當依願決給是白乎矣 其矣一邊之言 取信爲難 令本道 詳細推閱 移文後處置 何如 啓依允₂」이라고 있는 바와 같이 嫡母가 自意로 庶子를 承嫡하였는데 嫡母의 生存中에는 親族들이 異議를 말하지 못하다가 嫡母의 死後에 曾祖의 遺書를 口實로 하여 庶子를 逐出코저 한 事例이다. 더욱기 이 訴訟에서 庶子가 四度나 勝訴하고 있다. 이와 같이 庶子承嫡으로 因한 近親 乃至 門中과의 사이의 紛爭은 宗家에 있어서는 嫡系承重을 해야 한다는 所謂 門閥의 體面에 關聯된 것이기도 하겠지만 主로 相續財産의 橫占을 目的으로 한 紛爭이었으며 富裕하지 않은 家의 庶子承嫡에 對해서는 關心조차 가질 수 없었을 것이다. 承嫡에 關하여 구대어 法典에 規定이 없는 立案을 받고저 한 理由는 여기 에 있었을 것이다. 그리고 李朝中葉以來 繼後騰錄 法外繼後騰錄外에 承嫡立案에 關한 記錄이 없었을 것으로 推測하는 것, 換言하면 慣習上 承嫡에 關하여 立案을 받지 않았을 것이라는 推測이 許容된다면 收養承嫡日記에 있어서 高宗年間으로 내려 오면서 承嫡立案數가 많다는 事實은 그만큼 當時의 社會가 紊亂 無秩序 하여 庶孽을 口實삼은 相續財産의 橫奪이 甚하였다는 社會相의 一面을 暗示해 주는 것이 아닐는지 모르겠다.

四

李朝時代의 傳統的인 家族生活은 父祖生前에 있어서의 畏敬과 그들의 死後의 祖上崇拜가 爲主이며 家族 結合의 原理로 되어 있었으며 이 祖上崇拜는 祭祀의 繼續이며 그것이 즉 家의 繼續이었다。 그러므로 祖 上의 奉祀를 斷切시키지 않기 爲하여 男子가 없는 境遇에는 近親中の 姪을 入養하여 祭祀의 繼續을 劃策 하였으므로 養子制度도 固有의 目的은 어디까지나 男系血統의 繼承에 있었다。 그리하여 親生子가 없는 境遇 에는 遺言養子、死後養子는 勿論 白骨養子、次養子 等の 便法을 利用해서 까지라도 繼嗣을 重大視하였다。 한편 當時는 妾制度를 公認하는 一夫多妻制이었으며 妾制度의 公認도 亦是 祖上の 祭祀를 斷絶시키지 않 기 爲한 卽 繼嗣에 그 目的이 있었다(金斗憲博士著 朝鮮家族制 度研究五八五面以下參照)。 그러면서도 實際로는 妾과 그 所生子女를 賤視 하였으며 經國大典禮諸科條에는「(前略) 庶孽子孫 勿許赴文科生員進士試」라고 規定하여 庶子孫은 大小科에 應試하는 길을 막고 또한 顯官에 任命되는 길을 制限함으로써(同史典限 品叙用條) 所謂 庶孽禁綱法을 確立하기에 이 르렀고 이 傾向은 家系門閥을 崇尚하는 特權貴族階級에 있어서 徹底하였으며 이것이 時代의 推移에 따라 漸漸 深刻하게 되고 同時에 커다란 社會問題를 惹起하게 되었다(上揭 家族制度研究三六〇面乃至三八九面參照)。

그러나 그와 같은 禁綱法과는 달리 妾制度公認의 本來의 目的인 繼嗣에 關한 法制에 있어서는 庶子를 嫡出子에 準하여 相當히 優待하였다。 卽 庶子の 奉祀 乃至 立後에 關하여 經國大典禮典奉祀條에는「若嫡 長子無後則衆子 衆子無後則妾子奉祀」라 하였고 同立後條에는「嫡妾俱無子者 告官同宗支子爲後」라고 規定 하여 庶子가 있는 境遇에는 養子를 할 수 없도록 하였다。 그런데 乙巳大典以前의 經國大典施行當時인 成 宗四年에 庶子の 祭祀者資格에 關하여 前揭奉祀條와 立後條의 兩規定을 中心으로 하여 解釋上 論議가 있 었다。 卽 一說은 嫡長子가 無後하면 衆子가, 衆子가 無後하면 비로소 妾子가 奉祀者가 되어야 하므로 無後

한嫡長子の庶子は祠堂으로부터 나와서 그의 父母를 奉祀하면 絶祀의 憂慮는 없으며 妾子は 祖上을 奉祀할 資格이 없으므로 「無後」는 嫡子 嫡孫이 없는 것을 意味한다고 主張함에 反하여 反對說은 庶子の 承重을 認定한다。即 嫡長子、衆子、庶子라고 함은 어느 것이나 父에서 보아 子の 行列에 있는 者를 指稱하며 孫行을 包含하지 않으며 嫡長子에게 庶子가 있으면 無後가 아니다。大典立後條의 規定은 庶子가 있으면 無後가 아님을 意味하며 長子가 奉祀하여 오고 妾所生이 있는 경우에 子가 있음에도 不拘하고 弟 또는 弟의 子로 하여금 承重者가 되게 함으로써 長子로 하여금 入廟를 不可能하게 함은 人情에 反한다고 하며 宗·支의 秩序를 紊亂케 하여서는 안된다고 主張한다。여기에 折衷案으로서 嫡長子は 嫡弟의 嫡子를 奉祀者로 할 수 있도록 하여 嫡長子は 祠堂에서 祭祀를 받을 수 있으며 祖上의 祭祀를 嫡孫에게 傳할 수 있도록 하고 萬若 嫡長子가 구대어 庶子를 繼後者로 하고 싶을 때에는 그의 地位를 嫡弟에게 讓步하고 庶子와 함께 別宗을 이룰 수 있도록 하여 成宗十六年乙巳正月부터 施行한 經國大典의 禮典立後條의 註에 「嫡長子有妾子 願以弟之子爲後者聽 欲自與妾子別爲一支則亦聽」이라고 規定함에 이르렀다(朝鮮總督府中樞院版「李朝只財家族制度研究」三三五面以下參照)。이는 庶子は 身分이 卑賤하므로 祖上의 奉祀를 꺼리하는 思想에 基因하는 것이다。이로 말미암아 立後條의 規定에도 不拘하고 庶子 있는 境遇의 生前養子가 許容되게 되고 드디어는 庶子가 있었다도 遺族의 子를 養子로 하는 慣習이 助成되었다。

그後 明宗八年九月에는 司諫院에서 庶子 있는 경우의 死後養子를 禁止하는 立法을 要求하게 되어 同十一年二月에 이르러 夫의 死後遺妻의 私意에 依한 死後養子를 禁止하게 되었다(中樞院版「前揭三三五八面以下及前」)。
어떻게든 立後條의 規定은 生前養子를 許容함으로써 實效性을 喪失했다고 볼 수 있으나 收養承嫡日記에 나타난 바에 依하면 적어도 李朝末葉에는 立後條의 規定대로 遵行되었다고 볼 수 있다。開國五百三年(高宗三十一年, 西紀一八九四年) 甲午改革時에 六月二十八日議案으로써 從來의 가장 큰 病弊의 拂拭을 爲하여 寡婦의 再嫁

를自由롭게 하고 奴婢制度를革罷함과 同時에「率養하는 舊典을 申明하는 件」으로서「嫡妾俱無子然後始 許率養申明舊典事」라하여 經國大典立後條의 遵行을 再闡明하였는데 亦是一部特權貴族階級에 對해서만該 當하는 法令일 것이다.

五

李朝時代에는 以上과 같이 法規定의 適用 乃至 慣行에 있어서 原則的으로 嫡出子가 第一順位、庶子가 第二順位、生前養子 및 遺言養子가 第三順位、死後養子가 第四順位の 祭祀相續人이었다. 그런데 韓日合併以後의 日政初期에서는 이와 같은 經國大典의 規定과 一般慣習을 無視하고 一部 名門勢家の 慣行과 같이 生前養子 및 遺言養子를 第二順位로 하고 庶子를 三順位로 格下했다.

먼저 庶子만이 있는 境遇의 生前養子 遺言養子の 可否에 關하여 日政當局의 見解를 보면 明治四十四年 五月十九日의 取調局長回答은 「嫡子가 없을 때에는 庶子로 하여금 相續케 하는 大典의 規定이 있으나 嫡庶의 區別은 그 家の 資格에 關係되므로 庶子가 있더라도 養子를 하는 例가 있다」(氏尊慣習回答)고 하여 一部の 그러한 慣習을 消極的으로 確認하였고 大正三年(西紀一九一三年) 四月十四日 政務總務廳回答은 「韓國에 있어서는 法令上 庶子는 祭祀相續 및 戶主에 關해서 當然히 相續權이 있으나 實際에 있어서는 庶子를 賤히 여기고 또 清官에 就任할 수 없는 關係로 門閥있는 者는 庶子가 있더라도 他人의 嫡子를 養子로 하여 祭祀 其他의 相續을 하게 하는 것이 通例가 되어 一般의 慣習으로 되었으나 甲午改革時에 庶子있는 者의 養子를 禁하여 實際로도 庶子를 두고 養子를 하는 者가 漸漸 減少되었다. 그러나 아직 全然 斷絶되지는 못하고 오늘날에 있어서는 一面 庶子에게 相續權이 있고 同時에 養子를 하는 것도 또한 無妨한 狀態에 있다」(同案集一)고 하여 그러한 慣習을 積極的으로 確認함에 이르렀고 大正四年一月十四日의 政務總監回答은 한 거듭 더 나아가

서 「慣習上 이를 無效로 볼 수 없는 狀態에 있고」 「庶子 있는 境遇의 養子는 相續에 關해서 嫡出男子와 同一한 權利를 가진다」(彙集二) 一六面) 고 함으로써 生前養子에게 嫡出子와 같은 法律上權利까지도 認定하는 宣言을 하기에 이르렀다. 한편 朝鮮高等法院判例도 上記一月十四日の 政務總監回答에 依據하여 同年一月二十九日 判決에서 「韓國人間에 있어서는 被相續人에게 庶出의 男子가 있는 境遇라 할지라도 養子를 할 수 있고 또 그 養子는 相續에 關해서 嫡出男子와 同一한 權利를 갖는 慣習이 存在한다」(朝鮮高等法院判例) 要旨類集三三七面) 고 判示함으로써 李朝法典의 規定 乃至一般慣習에 逆行하는 特殊層의 慣習을 助長保護하였다. 그러나 大正十年八月 舊慣及制度調査委員會는 庶子 있는 경우의 生前養子는 不可하다하였고 大正十二年八月二十三日에는 法務局長回答으로써 이를 禁하였으므로 大體로 大正十年以後는 生前養子를 不許했다고 볼 수 있다.

또한 李朝時代에는 庶子 있는 境遇의 死後養子를 禁하였다 함은 既述한 바와 같으나 오히려 日政初期에 는 死後養子를 許容하였다. 즉 大正四年九月四日 政務總監回答은 「相續人인 父가 相續開始前에 死亡하여, 嫡子는 없고 庶子만이 있는 境遇에 戶主인 祖父가 亡父의 養子를 指定하거나 或은 祖父의 死後 直時 亡父의 妻, 親族等이 亡父의 養子를 한 때는 庶子는 相續을 할 수 없다」(彙集二) 四八面) 고 하였고, 다음해인 大正五年 九月二十二日 政務總監回答도 「嫡子가 없고 庶子만이 있는 戶主가 養子를 하지 않고 死亡한 境遇에는 庶子가 當然히 相續을 하는 것이 本則이며, 養子로 할 行列에 있는 者가 없는 境遇에 限해서 相續을 하는 慣習이 아니며, 이는 大宗家與否로 다른 바가 없다. 그러나 亡戶主의 妻는 右境遇에 있어서 相續을 爲해서 養子를 選定할 수 있는 慣習이 一部の 社會에 存在하므로 그러한 養子가 있을 때에는 庶子는 相續을 할 수 없는 것이다. 門會는 亡戶主의 妻의 意見에 反해서 養子를 選定할 수는 없지만 萬若 그 家가 大宗家인 때에는 亡戶主의 妻가 庶子로 하여금 相續케 하려는 意思가 있을 때 일지라도 門會가 養子를 選定할 수 있는 것이 從來의 慣例이며, 그 養子로 될 者에 關해서 亡戶主의 妻와 門會의 意見이 다를 때에는 亡戶主의 意見

에 따라야 할 것이다」(彙集二 八七面)라고 하여 死後養子를 認定함은 勿論 大宗家에 있어서는 遺妻의 意思에 反해 서라도 門會가 死後養子를 選定할 수 있는 것이라고 하였다. 그런데 政務總監이 이러한 一部社會의 事例에 對해서 慣習法으로서의 效力을 賦與하였는데 大正六年十一月二十七日 高等法院判決은 그 不當性을 是正하여 「韓國人間에 있어서는 戶主인 被相續人에게 庶出의 男子가 있을지라도 被相續人이 養子를 하고 그 養子는 相續에 關해서 嫡出男子와 同一한 權利를 가지는 慣習이 存在하나(既判例) 이는 被相續人이 庶出男子가 있음에도 不拘하는 生前에 養子를 하거나 或은 遺言으로서 養子를 指定하는 境遇에 有效하다는 것에 不適當한 것이며, 被相續人의 妻 或은 그 親族이 被相續人에게 庶出男子가 있음에도 不拘하고 그의 死亡後 直時 養子를 하여 그로 하여금 被相續人의 家統을 相續케 하는 一般慣習은 存在하지 않는다」 「從來 一部社會 特別히 名門勢家間에 있어서 庶子로 하여금 家統을 相續케 하는 것을 嫌忌하여 被相續人에게 庶出男子가 있음에도 不拘하고 그 遺妻等이 被相續人의 死亡後 直時 養子를 하고 그로 하여금 相續케 하는 事例가 없는 實情이지만 이는 名門勢家 各白의 專擅行爲에 不適當하며 慣習法으로서의 效力을 가진 것이 아니다」(同要旨類集 三三七面)라고 判示함으로써 庶子 있는 境遇의 死後養子를 禁止하게 되고 이것이 判例法 乃至 慣習法으로서 存續하였으며 昭和二年(西紀一九二七年)二月十五日 高等法院判決은 그 理由를 「相續에 關한 法律關係 特別히 相續을 할 자 및 그 順位等은 相續開始時를 標準으로 해서 定하는 것이 原則이므로 相續開始時에 있어서 法律上 當然히 相續을 할 直系卑屬이 存在하는 以上은 假令 庶子일지라도 直時 相續을 하여 被相續人의 權利義務를 承繼하게 되는 것이므로 그 後에 있어서는 養子를 할 必要가 없다고 하겠으며 더욱 養子를 해서 相續人으로서 하려고 하는 것은 庶子의 既得의 權利를 剝奪할려는 것으로서 그것이 不合理함은 勿論이를 許容한다며는 相續으로 因한 地位를 不安定하게 하고 나아가서는 그 法律關係를 오랫동안 不確定한 狀態에 놓이게 하는弊端을 生하여 社會生活의 實情에 適合하지 않는 것이다」(高等法院判決錄十四 卷三三三乃至三四四)라고 說明하고 있다. 이는 生前養

子도 禁하는 理論的基盤이 되는 것이지만 거기까지는 미치지 못하였다. 한편 野村調太郎氏는 養子は 嫡出子로서의 身分은 가지나 庶出의 長子는 그 出生後에 된 入養으로 因해서 相續權을 빼앗겨서는 안된다고 主張함으로써 庶子 있는 境遇의 生前養子의 入養申告는 受理하지 않아야 한다고 主張한 바 있으나 (同氏著 朝鮮戶籍令 解釋 四二八面) 吉武繁氏는 生前養子의 入養이 全然 無效라고 볼수 없다고 主張하였다 (同氏著 朝鮮親族相續法 納法要論 二四八面).

六

李朝時代에는 妾制度를 公認하는 所謂 一夫多妻制의 婚姻形態를 取하고 있었던 關係로 法制上 庶子의 地位를 嫡出子에 準하여 優待하였으므로 反動的으로 祭祀相續法上 養子와 關聯하여 上述한 바와 같은 嫡庶의 紛爭이 그치지 않았던 것이며 日政時代도 亦是 그 殘滓를 繼承하였다. 오늘날은 一夫一妻制의 婚姻形態를 取하고 形式婚主義로써 이를 強制하므로 前時代의 인 嫡庶觀念은 다른 意味에 있어서 問題視 될 것이다. 新民法上 子에 關한 用語別을 보더라도 子は 自然血族으로서의 「親生子」와 이에 對한 法定血族으로서의 「養子」로 나누고 다시 親生子中에서는 婚姻中의 出生子이나의 與否 즉 婚姻法의 親子法의 概念을 따라서 「婚姻中의 出生子」와 「婚姻外의 出生子」로 나누었다. 過去에 있어서의 嫡出子는 婚姻中의 出生子이며 非嫡出者인 庶子와 私生子는 一括하여 婚姻外의 出生子로 된 것이다. 그러므로 家族主義의 一夫多妻主義의 親子概念인 「嫡」「庶」는 法律用語에 있어서 이를 避하고 있는 것이다.

新民法은 用語에 있어서 뿐만 아니라 實質에 있어서도 舊慣習法에 比하면 徹底하지는 못하나 子女平等을 期하고 있으며, 特別 財產相續上은 嫡庶의 差別을 撤廢해 버렸다. 元來 嫡·非嫡의 差別을 認定할 것인가의 與否는 正當한 法律上의 一夫一妻婚의 神聖性과 그에 基한 所生子女의 尊重保護與否의 問題이면서, 한 편 하나의 社會政策의 問題로서 婚姻外 出生子의 利益과 福祉의 保護與否의 面에서도 檢討되어야 한다. 그

舊慣習法과는 달리 「家를 爲한 養子」外에 「養親을 爲한 養子」와 慈善의인 「子를 爲한 養子」를 認定함으로써 養子法의 改革을 斷行하였다. 그러므로 親生子女가 있더라도 姓, 性別, 數의 制限없이 養子를 하고 養자가 될 수 있게 되어 있다. 이와 같은 入養自由主義를 取한 趣旨은 從來의 家本位養子制度에 있어서와 같은 入養의 嚴格한 要件을 緩和하여 入養의 成立을 容易하게 함으로써 慈善의인 入養을 容易하게 하려는 데 있겠으나 養子制度의 弊害를 豫想하지 않았으므로 그 目的, 要件等に 制限을 加하는 것을 疏忽히 하고 있다. 養子制度의 畢竟의 目的이 어대 있던 間에 그 本體는 他人의 子를 自己의 子로 하는 것이며, 他人의 子를 自己의 子로 하는 必要性은 自己에게 親生子女가 없는 境遇에 限하는 것이 原則의인 것이라고 생각되며, 「無子女」의 條件을 撤廢한 것은 養子制度濫用의 機會를 더 많게 하는 原因이 될 것이다. 「無子女」라는 制限을 加하더라도 다시 社會政策的 慈善의인 「子를 爲한 養子」를 認定할 때에는 必要不得已한 目的의 範圍에 局限하고 그 條件을 明白히 하여 國家의인 積極的關與를 함으로써 目的以外的 境遇에 濫用하지 않도록 하지 않으면 안 될 것이다. 그렇지 않았기 때문에 庶子가 있는 境遇에도 嫡系에 依한 家의 繼續을 劃策하는 一部階層에서는 生前養子 遺言養子를 할 수 있게 되는데 이것은 「子를 爲한 養子制度」를 爲한 入養自由主義를 採擇한 精神에 反하며, 明白히 하나의 濫用に 屬하는 것이다. 新民法은 또한 直系卑屬이 있는 境遇에는 死後養子를 禁하고 있는데 (八六七) 亦是 그 趣旨은 庶子는 勿論 親生子女가 있는 境遇에는 「家를 爲한 養子」를 制限하려는데 있는 것이다.

養子는 入養한 때에 出生한 것으로 보므로 (九八五) 養親의 嫡出子의 身分을 取得하며, 戶主相續에 있어서 는 同親等의 直系卑屬이 數人인 境遇에는 婚姻中の 出生자가 先順位로 戶主相續人이 되도록 하였으므로 (九八五) 養子가 庶子보다 優位일 뿐더러 財産相續이 戶主相續과 同時에 開始되는 境遇에는 擬制的인 嫡出子에게 固有의 相續分에 五割을 加給하게 되는 것이다. 뿐만 아니라 養子는 親家에서 財産相續이 開始되

는境遇에도 相續權을 가지게 되어 있으며 이러한 事例는 「子를 爲한 養子」의 境遇보다도 「家를 爲한 養子」의 境遇에 더 많을 것이 틀림없다.

이와 같은 事情은 戶主相續人을 얻기 위한 目的에서가 아니고 慈善의 目的에서 한 養子가 養父와 同姓 同本인 血族일 때에도 本人들의 意思와는 달리 法에 依하여 強制로 戶主相續人이 되고 相續分에 加給을 하는 結果가 된다. 그러므로 子女 있는 境遇에 意識의 이전 無意識의 이전 戶主相續人이 될 수 있는 同姓 同本인 血族을 生前養子 遺言養子로 할 수 있도록 한 것은 民法이 封建의 家族制度의 打破를 指向하면서 一方 오히려 無計劃의 인 養子의 自由를 認定한 結果 法律의 힘에 의해서 「家의 繼續」을 強制로 支持하는 矛盾을 招來하고 있는 것이다. 李朝時代에 있어서 庶子와 養子間의 暗闘의 窮極目的은 決코 全히 祖上을 爲하고 家를 爲한 것만이 아니고 거이 大概가 財産을 물려싼 暗闘이었으며 嫡庶의 差別도 亦是 特殊層에서 甚하였음은 史實이 證明한 바이며, 그것은 반드시 그 時代에만 그럴 수 있는 것은 아니다. 富裕한 者에 婚姻外出生子가 많은 데에 亦是 오늘날에도 財産을 물려싼 暗闘일 것임은 틀림없는 事實일 것이며, 이러한 弊端과, 아직도 없어지지 않고 있는 一部의 前近代의 인 嫡庶差別思想을 民法이 規定한 바 戶主相續制度 養子制度가 助長하게 되어 있다.

「없으면 제아비 祭祀도 못지낸다」는 俗談과 같이 貧寒한 農村家族에서는 勿論 前時代의 家族制度가 崩壞되어가고 있는 이 마당에 一部 特殊層을 除外하고는 이러한 制度 法律規定은 無用之長物이다. 收養承嫡日記는 必로 李朝時代의 記錄이고, 當時의 庶民들에 關한 記錄은 아닐지라도 一般으로 直系卑屬이 있는 境遇에 入養을 愛用하지 않았다는 좋은 證據가 되며 한 거름 나아가서 現代의 인 意味에서도 參酌될 수 있는 것이라고 생각된다.

무릇 慣習을 成文化하는데 있어서는 주로 支配者層 乃至 有識層의 이데오로기에 基礎하여 그들에게

便利하게 알맞게 指導原理를 내세우는 일이 많다. 따라서 그것의 이데오로기의 性格은 否認할 수 없는 것이고 이렇게 해서 만들어진 成文法은 從來의 慣習을 歪曲 乃至 變形하여 때로는 나쁜 慣習을 生成助長시키고 때로는 固有的 淳風美俗을 滅亡시키기도 한다. 그리하여 그에 대하여 不滿을 품은 慣習은 法과는 遊離하여 生成維持되어 나가게 되는 것이다. 따라서 立法에 際하여는 恰當하게 있는 慣習을 찾아 내기 爲하여 徹底한 慣習調査를 해야 하고 또 史의 考察을 게을리해서는 안된다. 특히 우리의 家族法部門에 있어서는 日政當時에 政策的 考慮에서 한 官製慣習의 宣言이 적지 않았으며 그렇지 않더라도 그들의 慣習製造의 顧問 乃至 關與한 韓國人은 舉皆가 徹底한 儒敎訓練에 젖은 사람들이었다.

七

要컨대 婚姻中の 出生子와 婚姻外의 出生子の 差別與否와 擬制的嫡出子인 養子와 親生子인 婚姻外出生子間的 差別與否는 스스로 다른 問題이라고 생각된다. 또 戶主制度 戶主相續制度를 法律에서 撤廢해 버린다면 入養의 目的도 爲親 爲子로 局限될 것이기 때문에 相續上의 不平等은 存在할 수도 없는 것이다. 다만 本稿는 枝葉의 問題이기도 하지만 現行法上 戶主制度 戶主相續制度가 存續되어 있다 하더라도 直系卑屬이 있는 境遇에는 「家를 爲한 養子」를 認定하지 않는 것이 直系卑屬女만 있는 境遇에도 死後養子를 認定하지 않는 點과 符合시키는 意味에서 妥當하지 않을가 하는 것을 몇 개의 資料를 通해서 말하고 싶었을 따름이다.

〈筆者——本大學講師〉